

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129821>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

Jurisprudentie

Onder de zorg van prof.mr. Y. Buruma, prof.mr. H. Cohen Jehoram, prof.mr. Th.G. Drupsteen, prof.mr. M.S. Groenhuijsen, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. Jac. Hijma, prof.mr. CA.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. J.H. Nieuwenhuis, prof.mr. M. J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr.dr. P. Vlas, prof.mr. I.C. van der Vlies, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

Consumentenbond/EnergieNed

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann

HR 16 mei 1997, *RvdW* 1997, 125 (Consumentenbond/EnergieNed).

De regeling van artikel 6:240 e.v. BW voorziet in de mogelijkheid om via een collectieve actie de geoorlooftheid van algemene voorwaarden door het Gerechtshof te 's-Gravenhage te laten toetsen. Dit Hof wordt in artikel 6:241 BW als bijzondere toetsingsrechter van algemene voorwaarden aangewezen. Op grond van artikel 67 RO neemt het Hof in eerste aanleg en in hoogste ressort, behoudens cassatie, van een vordering ex artikel 6:240 BW kennis. De vordering kan bij het Gerechtshof worden ingesteld door een rechtspersoon die de belangen van de betrokkenen behartigt en voldoet aan de in artikel 6:240 lid 3 BW neergelegde vereisten. De vordering kan worden ingesteld tegen de gebruiker van de algemene voorwaarden, alsmede tegen een rechtspersoonlijkheid bezittende branche-organisatie die het gebruik van de algemene voorwaarden bevordert (art. 6:240 lid 2 BW). Bij een procedure op grond van deze regeling onderzoekt de rechter op een meer abstract niveau of bedingen uit algemene voorwaarden al dan niet onredelijk bezwarend zijn. Het tot op zekere hoogte abstracte karakter van de toetsing houdt onder meer in dat bepaalde bedingen ook geheel los van een contract kunnen worden getoetst.

Het onderhavige geval biedt hiervan een voorbeeld. Aan de rechter werden in casu bedingen uit door branche-organisaties opgestelde *modellen* voor algemene voorwaarden voorgelegd. Het Hof kan aan zijn uitspraak onder andere een verbod tot gebruik of tot bevordering van het gebruik van bepaalde bedingen verbinden. Ook deze bevoegdheid past bij het abstracte karakter van de toetsing. Het gevolg is dat de uitspraak van het Hof een meer algemene werking kan hebben dan een beslissing van de rechter doorgaans heeft. In de regel bindt een beslissing van de rechter immers slechts partijen. Indien een beding in algemene voorwaarden door iemand jegens wie een verbod tot gebruik ervan door het Hof is uitgesproken, in strijd met dat verbod in een overeenkomst wordt opgenomen, is dit beding vernietigbaar (art. 6:243 BW). De onderhavige zaak betreft een primeur. Voor het eerst werd het Gerechtshof te 's-Gravenhage door een belangenbehartiger gevraagd (modellen voor) algemene voorwaarden in abstracto te toetsen. In cassatie komt naast de vraag of bepaalde exonatiebedingen onredelijk bezwarend zijn, ook de rol van het Hof als bijzondere toetsingsrechter aan de orde. Het gaat in casu om een vordering van de Consumentenbond tegen branche-organisaties van nutsbedrijven. EnergieNed en Vewin zijn verenigingen die belangen behartigen van de bedrijven die in Nederland electriciteit, gas en

warmte respectievelijk drinkwater distribueren aan onder meer eindgebruikers die niet handelen in het kader van een beroep of bedrijf (hierna: consumenten). Ten behoeve van hun leden (te weten: nutsbedrijven) hebben zij, na overleg met de Consumentenbond, Model Algemene Voorwaarden (hierna: MAV) Electriciteit 1994, MAV Gas 1994, MAV Warmte 1994 en MAV Drinkwater 1994 vastgesteld.¹ Deze MAV's zijn bedoeld om van toepassing te worden verklaard op overeenkomsten tussen de respectieve nutsbedrijven en consumenten. Over artikel 20 lid 1 van de respectieve MAV's — verder samen artikel 20 lid 1 — konden EnergieNed en Vewin geen overeenstemming met de Consumentenbond bereiken. Artikel 20 lid 1 bevat een volledige uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade aan personen en zaken in geval van onderbreking van de levering. Deze bepaling luidt in alle vier de MAV's:

'Het bedrijf is jegens de aanvrager of verbruiker niet aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van onderbreking van de levering.'

In verband met de reikwijdte van artikel 20 lid 1 is in casu ook artikel 7 lid 2 van de betreffende MAV's van belang. Volgens EnergieNed houdt dit artikel een inspanningsverbintenis voor de nutsbedrijven in. Het artikel luidt — behoudens de omschrijving van het te leveren product — in alle vier de MAV's aldus:

'In principe wordt elektrische energie continu geleverd. Het bedrijf staat echter niet in voor de continuïteit van de levering. Indien zich omstandigheden voordoen, waardoor de levering wordt of moet worden onderbroken, zal het bedrijf het redelijkerwijs mogelijke doen om op de kortst mogelijke termijn de levering te hervatten.'

Omdat partijen het niet eens konden worden, startte de Consumentenbond in 1994 een 'collectieve actie' op grond van artikel 6:240 e.v. BW en vorderde hierbij:

- een verklaring voor recht dat artikel 20 lid 1 onredelijk bezwarend is;
- een verbod van het gebruik of het bevoornden van het gebruik van artikel 20 lid 1;
- een gebod om een aanbeveling tot het gebruik van deze bedingen te herroepen;

— een veroordeling tot het openbaar maken of laten maken van de uitspraak, zulks op door de rechter te bepalen wijze en op kosten van EnergieNed en Vewin.

Aan deze vorderingen legde de Consumentenbond ten grondslag dat artikel 20 lid 1 op grond van artikel 6:240 jo 6:237 sub f BW 'onredelijk bezwarend' is, omdat daarin de aansprakelijkheid voor schade aan personen en zaken ten volle is uitgesloten, ongeacht (1) de oorzaak van de onderbreking, (2) de aard en ernst van de fouten en (3) de persoon die de schade heeft veroorzaakt.

Het Hof wees de vorderingen tegen Vewin af. De vorderingen tegen EnergieNed wees het Hof grotendeels toe voor zover het de exoneratie voor schade aan zaken in de MAV Electriciteit betreft. Het Hof verklaarde voor recht dat artikel 20 lid 1 MAV Electriciteit 1994 onredelijk bezwarend is en verbood EnergieNed te bevorderen dat van die bepaling tegenover consumenten gebruik wordt gemaakt. In zijn arrest stelt het Hof voorop dat het zich in procedures als de onderhavige dient te richten naar de grote meerderheid van gevallen. Vervolgens oordeelt het Hof ambtshalve dat de Consumentenbond geen belang heeft bij de vordering ten aanzien van artikel 20 lid 1 in de MAV Gas, de MAV Warmte en de MAV Drinkwater en evenmin ten aanzien van artikel 20 lid 1 MAV Electriciteit voor zover het betreft schade aan personen. Het Hof baseert het ontbreken van voldoende belang op de Parlementaire Geschiedenis van artikel 6:240 e.v. BW en op het feit dat de Consumentenbond geen gevallen heeft genoemd waarin door de onderbreking van de levering schade aan personen of zaken kan ontstaan. De Consumentenbond had slechts voorbeelden gegeven van gevallen waarin door de onderbreking van de levering van electriciteit schade aan zaken was ontstaan. Hoewel het Hof de exoneratie met betrekking tot schade aan zaken in de MAV Electriciteit onredelijk bezwarend verklaarde, wees het Hof de gevorderde veroordeling om de uitspraak openbaar te maken af, omdat de Consumentenbond niet had aangegeven waarin de uitspraak zou moeten worden gepubliceerd en het Hof er rekening mee hield dat de Consumentenbond aan deze uitspraak aandacht zou geven in haar eigen

¹ Zie over de totstandkoming van deze MAV's: R.H. Stutterheim, *NJB* 1996, pp. 1539-1540.

Consumentengids. De uitspraak van het Hof was voer voor cassatie-advocaten. In diverse commentaren hebben schrijvers zich kritisch uitgelaten over de beslissing van het Hof, in het bijzonder over zijn oordeel omtrent het ontbreken van voldoende belang.²

De Consumentenbond heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld. EnergieNed stelde incidenteel beroep in. Het principale beroep van de Consumentenbond heeft succes. De Hoge Raad corrigeert het Hof op diverse punten. De Hoge Raad wijst het incidentele beroep af. Zijn overwegingen in het principale en incidentele beroep luiden als volgt:

'4. Beoordeling van het middel in het principaal beroep

4.1. De gedachtengang welke het Hof tot zijn hiervoor in 3.3 vermelde — ambtshalve gegeven — beslissingen heeft geleid (rov. 5 en 6b), kan als volgt worden weergegeven. Tegen de achtergrond van (1°) de geschiedenis van de totstandkoming van de onderwerpelijke bepalingen — met name van de (daaruit geïsoleerde) zinsnede "De rechter zal zich moeten richten op de overgrote meerderheid van de gevallen (...)" (Pari. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6) blz. 1781) — en van (2°) het bepaalde in art. 3:303 BW — moet worden aangenomen dat de eiser eerst dan voldoende belang heeft bij een op de voet van de art. 6:230 in verbinding met art. 6:237, aanhef en onder f, BW ingestelde vordering indien het beding waarvan wordt gevorderd dat het onredelijk bezwarend wordt verklaard, zo het geldig zou zijn, in de praktijk tot toepassing komt. De eiser heeft ter zake een stelplicht. Aan deze stelplicht heeft Consumentenbond niet voldaan nu zij heeft nagelaten gevallen te noemen waarin door onderbreking van de levering van gas, warmte of drinkwater schade aan personen of zaken kan ontstaan, en evenmin heeft gesteld dat zich ten gevolge van onderbreking van elektriciteit schade aan personen voordoet, laat staan daarvan voorbeelden heeft gegeven.

4.2. Terecht voert de primaire klacht van onderdeel 1 van het middel aan dat deze gedachtengang blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

De in art. 6:240 in verbinding met 6:233 onder a, 236 en 237 en 67 RO ingevoerde mogelijkheid van een tot op zekere hoogte abstracte rechterlijke toetsing van bedingen in algemene voorwaarden beoogt aan de bestrijding van onereuze bedingen in dergelijke voorwaarden een maximale effectiviteit te verlenen. Deze strekking brengt, zoals in de wetsgeschiedenis ook tot uitdrukking komt, mee dat de actie ook "preventief" kan worden ingesteld ter zake van nog niet of niet frequent gebruikte bedingen (Pari. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6) blz. 1778). Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat een consumenten-organisatie als bedoeld in het derde lid van art. 240 die op grond van voormelde bepalingen een vordering instelt tegen een

branche-organisatie als bedoeld in het tweede lid van art. 240, bij deze vordering een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW heeft indien het beding waarvan zij vordert dat het onredelijk bezwarend wordt verklaard, voorkomt in de algemene voorwaarden waarvan de branche-organisatie het gebruik bevordert in overeenkomsten met consumenten.

Opmerking verdient nog dat het Hof voormelde zinsnede "De rechter zal zich moeten richten op de overgrote meerderheid van de gevallen (...)" klaarblijkelijk heeft misverstaan. Blijkens het verband waarin deze zinsnede telkens is gebezigd, bedoelt zij niet tot uitdrukking te brengen dat een beding in algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend kan worden geoordeeld indien moet worden aangenomen dat een beroep erop slechts zelden zal worden gedaan, maar strekt zij ertoe de aard van de in de onderhavige wetbepalingen ingevoerde abstracte toetsing nader te verduidelijken. De passages waarin de zinsnede voorkomt, beogen in hun geheel gezien tot uitdrukking te brengen dat: (1°) de uitkomst van zodanige toetsing moet afhangen van een beoordeling van de gevallen waarin het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan, en (2°) dat beslissend is of in *die* gevallen moet worden geoordeeld dat het beding, rekening houdend met de in de wetsgeschiedenis besproken gezichtspunten — zoals de specifieke aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en de "typische" eigenschappen en belangen van de personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten — *doorgaans* tot onredelijke resultaten zal leiden.

4.3. Nu de primaire klacht van onderdeel 1 slaagt, behoeven de overige in dit onderdeel vervatte klachten geen behandeling.

4.4. Het door Consumentenbond op de voet van het bepaalde in art. 241, derde lid onder c, gevorderde bevel om zijn uitspraak "op een door het Hof te bepalen wijze" openbaar te maken — welke bijkomende vordering tussen partijen geen onderwerp van debat heeft uitgemaakt — heeft het Hof, zoals hiervoor in 3.4 reeds vermeld, afgewezen. Het Hof grondde deze beslissing vooreerst daarop dat Consumentenbond niet heeft "aangegeven waarin deze uitspraak moet worden gepubliceerd" en voegde daaraan toe dat het Hof "er rekening mee houdt dat zij aan deze uitspraak aandacht zal geven in haar eigen consumentengids." (rov. 14).

4.5. Tegen een en ander komt onderdeel 2 van het middel terecht op.

In het kader van een zo effectief mogelijke bestrijding van onereuze bedingen in algemene voorwaarden kan — zoals bij de toelichting van art. 241, derde lid onder c, tot uitdrukking is gebracht (Pari. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6) blz. 1784) — publicatie van een uitspraak van de bijzondere rechter waarbij een bepaald beding in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend wordt verklaard, "zinnig zijn ten einde degenen jegens wie de voorwaarden worden gebruikt op de hoogte te brengen". Of publicatie van een dergelij-

² Zie de annotaties in *NTBR* 1996/7, p. 190 e.v., *JOR* 1996/7, nr. 79, *WPNR* 6248 (1996), p. 883 e.v., *NJB*

1996/36, p. 1538 e.v. en *TvC* 1996, nr. 4, p. 282 e.v.

ke uitspraak "zinvol" is, hangt af van de door de bijzondere rechter aan de hand van het processueel debat daaromtrent te waarderen bijzonderheden van het concrete geval. Aard en strekking van de onderhavige procedure verzetten zich echter ertegen aan te nemen dat de bijzondere rechter die publicatie zinvol oordeelt, van zijn bevoegdheid haar te gelasten alleen gebruik zou kunnen maken indien de eisende partij aangeeft op welke wijze die publicatie moet plaatsvinden. Integendeel, tekst van en toelichting op art. 241, derde lid onder c, wettigen aan te nemen dat de eiser die een vordering als in deze bepaling bedoeld aan zijn hoofdvordering verbindt, niet behoeft aan te geven op welke wijze de publicatie dient te geschieden: dat te bepalen is aan de bijzondere rechter voorbehouden.

Zoals in het voorgaande ligt besloten, kan de bijzondere rechter, hoezeer hij het omstreden beding onredelijk bezwarend oordeelt, niettemin op grond van bijzondere omstandigheden de vordering tot publicatie als niet zinvol afwijzen. Wellicht heeft het Hof zijn afwijzing mede daarop willen baseren toen het als argument daarvoor aan het hiervoor besproken tekortschieten van Consumentenbond in haar stelplicht toevoegde dat valt te verwachten dat Consumentenbond aan zijn uitspraak aandacht zal geven in de Consumentengids: misschien heeft het daarmee tot uitdrukking willen brengen dat het verdergaande publicaties niet zinvol achtte. Mocht dat inderdaad de bedoeling zijn, dan is het Hof in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten omdat zonder nadere redengeving — die ontbreekt — niet valt in te zien waarom publicatie van zijn uitspraak die van belang is voor alle consumenten die van bij EnergieNed aangesloten bedrijven elektriciteit betrekken (dat wil zeggen voor vrijwel alle huishoudens in Nederland), slechts zinvol zou zijn voor zover zij plaatsvindt in een blad waarvan evident is dat het bij lange na niet alle belanghebbenden bereikt. Mocht de besproken toevoeging een andere strekking hebben, dan geldt evenzeer dat het Hof in zoverre zijn beslissing niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed, omdat niet wel begrijpelijk is welke betekenis daaraan dan wel toekomt.

4.6. Onderdeel 3 van het middel behoeft geen behandeling omdat de voorwaarde waaronder het is ingesteld, niet is vervuld.

5. Beoordeling van het middel in het incidenteel beroep

5.1. Zoals hiervoor reeds is gebleken (zie 3.4) heeft het Hof het omstreden beding in de algemene voorwaarden elektriciteit 1994, voor zover betrekking hebbend op schade aan zaken onderzocht. Het Hof is daarbij *veronderstellenderwijs* ervan uitgegaan: (a) dat art. 7 lid 2 van deze voorwaarden (zie hiervoor, 3.1 onder (iv)) inderdaad, zoals EnergieNed en Vewin stelden, een "kernbeding" is in de zin van art. 6:231, eerste lid en (b) dat ingevolge dit beding op de distributiebedrijven slechts een inspanningsverplichting rust die meebrengt dat zij voor schade ten gevolge van onderbreking slechts aansprakelijk zijn indien door de afnemer wordt aangetoond dat deze schade het gevolg is van een verwijtbaar tekort aan de hunnerzijds vereiste inspanning om een onderbreking te vermijden dan wel weer op te heffen. Het Hof heeft evenwel aan een en ander terecht

niet de slotsom verbonden dat zulks ten gevolge had dat het niet kon toetsen of het omstreden beding, zoals Consumentenbond verdedigt, onredelijk bezwarend is (rov. 7). Bij deze toetsing is het Hof met juistheid ervan uitgegaan dat de voorgeschreven overeenkomstige toepassing van art. 6:237 meebracht dat het aan EnergieNed en Vewin was om het Hof ervan te overtuigen dat de in het beding vervatte — radicale — afwijking van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding bij niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst "kennelijk gerechtvaardigd" is (rov. 9). Het heeft daartoe vooreerst een (op een enkele kennelijke vergissing na alleszins aanvaardbare) samenvatting gegeven van de voornaamste door EnergieNed en Vewin ter rechtvaardiging van het beding aangevoerde argumenten (rov. 8) en vervolgens (voldoende) gemotiveerd rekenenschap ervan afgelegd waarom het door deze argumenten voormelde overtuiging niet had gekregen (rov. 10-13).

5.2. Mede in aanmerking genomen dat niet kan worden gezegd dat het Hof bij zijn toetsing maatstaven heeft aangelegd die niet in overeenstemming zijn met doel en strekking daarvan, en dat de uitkomst van 's Hof's toetsing zo zeer is verweven met waarderingen van feitelijke aard dat zij in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht, volgt reeds uit het in 5.1 overwogene dat het middel in het incidenteel beroep tevergeefs is voorgedragen. Ten aanzien van de in dit middel geformuleerde klachten geldt nog het volgende.

5.3. Onderdeel I van het middel poneert onder 1.2 vooreerst: (1°) dat EnergieNed en Vewin aan hun verweer een aantal feitelijke stellingen ten grondslag hebben gelegd; (2°) dat deze stellingen door Consumentenbond niet, althans niet gemotiveerd zijn betwist en (3°) dat deze stellingen "niet als zodanig door het Hof zijn verworpen, zodat in cassatie (minstgenomen veronderstellenderwijs) van de juistheid van deze stellingen moet worden uitgegaan". Vervolgens geeft het onderdeel van deze stellingen onder (a) tot en met (f) een (uitvoerige) opsomming. Ten slotte formuleert het onderdeel onder 1.3 een voorwaardelijke klacht: indien en voor zover de Hoge Raad zou menen dat een of meer van voormelde stellingen door het Hof zijn verworpen, is 's Hof's oordeel in strijd met het recht omdat het die stellingen als vaststaand had behoren aan te merken, althans onvoldoende gemotiveerd.

5.4. Een dergelijke klacht voldoet reeds in beginsel niet aan de daaraan ingevolge art. 407 Rv. te stellen eisen. Haar behandeling zou de Hoge Raad ertoe nopen na te gaan: (1°) of inderdaad is gesteld wat in de klacht wordt beweerd dat is gesteld; (2°) of het Hof één of meer van deze stellingen expliciet of impliciet heeft verworpen en (3°) zo ja, of het die beslissing dan voldeende heeft gemotiveerd tegen de achtergrond van het debat van partijen. Daaruit blijkt dat de klacht — nog afgezien van de omstandigheid dat zij betrekking heeft op de gehele feitelijke basis van het in dit geding door EnergieNed en Vewin gevoerde verweer — de van een cassatiemiddel te vergen bepaaldheid en precisie ontbeert.

5.5. Onderdeel II van het middel gaat ervan uit dat 's Hof's door onderdeel I van het middel in het principaal beroep bestreden opvatting omtrent belangvereis-

te en stelplicht van de eiser in procedures als de onderhavige juist is, maar verwijt het Hof daaruit voor wat betreft de vordering van de Consumentenbond welke het heeft toegewezen (zie 3.4), niet de juiste consequenties te hebben getrokken. Uit het hiervoor in 4.2 overwogene volgt dat het onderdeel berust op een rechtens onjuist uitgangspunt.

5.6. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 101a RO, geen nadere motivering nu deze klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.'

Noot

1 Positie nutsbedrijven

Uit mij ter beschikking gestelde processtukken betreffende deze procedure blijkt dat de nutsbedrijven eraan hechten vooral op twee punten duidelijkheid te verkrijgen:

- a de inhoud en de grenzen van de leveringsplicht;
- b de vraag of de exoneration van artikel 20 lid 1 onredelijk bezwarend is en, zo ja, welke aanpassingen nodig zijn om het onredelijk bezwarend karakter op te heffen.

Het eerste punt betreft de inhoud van de *hoofdverbintenis* van de nutsbedrijven. Is bijvoorbeeld de electriciteitsleverancier gehouden *continu* stroom te leveren, of komt hij zijn verbintenis ook nog correct na indien de levering (buiten zijn toedoen) tijdelijk wordt onderbroken? Staat eenmaal vast dat het nutsbedrijf toerekenbaar is te kortgeschoten in de nakoming van de hoofdverbintenis, dan is het *in beginsel* gehouden tot schadevergoeding. Dit kan anders zijn indien de schadevergoedingsverplichting rechtsgeldig is uitgesloten of beperkt. Het tweede punt ziet op de vraag naar de mogelijkheden de aansprakelijkheid van de nutsbedrijven voor de schade tengevolge van niet-nakoming van de overeenkomst — welke aansprakelijkheid een secundaire verbintenis is — rechtsgeldig uit te sluiten of te beperken.

Aan een oordeel over het eerste punt is noch het Gerechtshof te 's-Gravenhage, noch de Hoge Raad toegekomen. Hierna zal ik onder nr. 5 kort op dit punt ingaan.

2 Exoneration gerechtvaardigd?

Ten aanzien van het tweede punt hebben de nutsbedrijven en de consument door deze uit-

spraak slechts gedeeltelijk duidelijkheid verkregen. Over de vraag of artikel 20 lid 1 onredelijk bezwarend is, wordt in casu een beslissing gegeven. Niet echter komt uit de verf welke aanpassingen nodig zijn om het onredelijk bezwarend karakter op te heffen.

Bij de toetsing of artikel 20 lid 1 onredelijk bezwarend is, heeft het Hof als uitgangspunt genomen dat artikel 6:237 BW meebrengt dat de nutsbedrijven als gebruikers van het beding moesten aantonen dat de in het beding vervatte afwijking van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding bij niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst *kennelijk gerechtvaardigd* is. Deze wijze van toetsing motiveerde het Hof als volgt:

'— het onderhavige beding wordt ingevolge artikel 6:237, aanhef en onder f, BW vermoed tegenover consumenten onredelijk bezwarend te zijn. — blijkens zijn wetsgeschiedenis (zie PG Inv. Boek 6, blz. 1735) is de achtergrond van artikel 6:237, aanhef en onder f, BW gelegen in de gedachte dat de wettelijke bepalingen omtrent de niet-nakoming van verbintenissen uit overeenkomst *prima facie* een redelijke verdeling van risico's tussen ondernemers en consumenten bewerkstelligen. En voorts leert de wetsgeschiedenis (t.a.p.) dat, indien een afwijking van de wettelijke regeling werkelijk gerechtvaardigd is, de "gebruiker" van de algemene voorwaarden zulks zonder grote problemen zal kunnen aantonen.

b) De zojuist vermelde uitlatingen in de parlementaire geschiedenis hebben, zo begrijpt het hof, in hun onderling verband, deze betekenis, dat bedingen waarbij van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding bij niet-nakoming wordt afgeweken, eerst dan geacht kunnen worden tegenover consumenten niet onredelijk bezwarend te zijn, indien die afwijking kennelijk gerechtvaardigd is.'

In rechtsoverweging 5.1 oordeelt de Hoge Raad dat het Hof de juiste weg heeft gevolgd bij de toetsing of artikel 20 lid 1 al dan niet onredelijk bezwarend is. Een gebruiker van een beding dat voorkomt op de grijze lijst van artikel 6:237 BW, zal, indien hij zich wil verweren tegen de stelling dat het betreffende beding onredelijk bezwarend is, de rechter ervan moeten overtuigen dat de in het beding vervatte exoneration in dat geval *kennelijk gerechtvaardigd* is. Op de gebruiker rust een zware bewijslast.

In het onderhavige geval had EnergieNed, ter rechtvaardiging van de volledige uitsluiting van haar aansprakelijkheid voor schade aan personen of zaken tengevolge van onderbreking van de electriciteitslevering, in het bijzonder vijf omstandigheden aangevoerd:

'(i) de electriciteitsvoorziening is voor 99.995% continu, doch het is niet mogelijk de bedrijfszekerheid structureel te verhogen;

(ii) consumenten hebben onvoldoende inzicht in de techniek om na een onderbreking een distributiebedrijf van een tekortschieten een verwijt te kunnen maken, zodat te vrezen valt dat de rechter hen tegemoet zal komen door hun bewijspositie te verlichten;

(iii) bij het over grote deel van de te verwachten vorderingen van consumenten, zal de hoogte van de vordering de behandelingskosten overtreffen;

(iv) de meest voorkomende risico's kunnen op "first party" basis door de afnemers verzekerd worden; en (zo begrijpt het hof)

(v) de distributiebedrijven kunnen zich maar in beperkte mate verzekeren tegen aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van onderbreking van levering van electriciteit, en "worst cases" zijn nimmer te verzekeren.'

Het Hof werd hierdoor niet overtuigd dat de aansprakelijkheidsuitsluiting gerechtvaardigd is. De Hoge Raad komt niet aan een onderzoek naar de juistheid van het oordeel van het Hof op dit punt toe, omdat het te zeer is verweven met waarderingen van feitelijke aard. Opmerking verdient dat de rechter slechts een oordeel heeft gegeven over de vraag of een *algehele* uitsluiting van de aansprakelijkheid, zoals vervat in artikel 20 lid 1, onredelijk bezwarend is. Over de vraag of een *beperking* van de aansprakelijkheid, ondanks artikel 6:237, aanhef en sub f, BW, gerechtvaardigd kan zijn, heeft de rechter zich niet uitgelaten. Bovendien is de rechter er in deze procedure veronderstellenderwijs van uitgegaan dat artikel 20 lid 1 slechts ziet op de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor schade *aan personen of zaken* tengevolge van de onderbreking van de levering. De rechter heeft zich derhalve evenmin uitgelaten over de vraag of een uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid voor andere schade, zoals gevolgschade, al dan niet kennelijk gerechtvaardigd is.

De beslissing van de Hoge Raad geeft ten aanzien van twee aspecten betreffende de collectieve actie op grond van artikel 6:240 e.v. BW meer duidelijkheid: (1) het belangvereiste en (2) de vereisten voor openbaarmaking.

3 Collectieve actie en belang 'Point d'intérêt, point d'action'; zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe (art. 3:303 BW). Tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis van artikel 6:240 e.v. BW leidde het Hof uit artikel 3:303 BW af dat de Consumentenbond als eiseres gevallen moest noe-

men, waarin door onderbreking van de levering van electriciteit, gas, warmte of drinkwater schade aan personen of zaken zou kunnen ontstaan. Omdat de Consumentenbond slechts aan deze stelplicht had voldaan voor wat betreft de schade aan zaken tengevolge van de onderbreking van de levering van electriciteit, kwam het Hof ambtshalve tot het oordeel dat de Consumentenbond geen belang had bij haar overige vorderingen. De Hoge Raad maakt korte metten met dit oordeel van het Hof. Het Hof heeft de wetsgeschiedenis verkeerd geïnterpreteerd. De strekking van de wettelijke regeling brengt, zoals ook in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking komt, mee dat de actie ook *preventief* kan worden ingesteld ter zake van nog niet of niet frequent gebruikte bedingen. De Hoge Raad ontleent deze formulering grotendeels aan de *PG Inv. Boek 6*, p. 1778, alwaar wordt gesteld:

'Maar te bedenken is dat de actie ook "preventief" kan worden ingesteld ter zake van nog niet of niet frequent gebruikte bedingen; men denke aan het geval dat een ondernemer, een ondernemingsvereniging of een overheidslichaam aankondigt (nieuwe) algemene voorwaarden in gebruik te zullen nemen'.

De Hoge Raad voegt eraan toe dat een consumentenorganisatie die een collectieve actie ex artikel 6:240 e.v. BW instelt tegen een branche-organisatie, bij deze vordering een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW heeft, indien het beding waarvan zij vordert dat het onredelijk bezwarend wordt verklaard, voorkomt in de algemene voorwaarden waarvan de branche-organisatie het gebruik bevordert in overeenkomsten met consumenten. Dit oordeel van de Hoge Raad acht ik juist. Het is in overeenstemming met het meer abstracte karakter van de toetsing die het Haagse Hof dient te verrichten. Teneinde aan het belangvereiste te voldoen, zal de consumentenorganisatie wel moeten stellen en — in geval van tegenspraak — bewijzen, dat de branche-organisatie het gebruik van het litigieuze beding bevordert of voornemens is te bevorderen. In de lijn van het voorgaande moet mijns inziens worden aangenomen dat een consumentenorganisatie die een 6:240 BW-procedure aanspant tegen een gebruiker van algemene voorwaarden, zal moeten stellen en zonodig bewijzen dat het bestreden beding in algemene voorwaarden wordt gebruikt, of dat het aannemelijk is dat dit beding zal worden gebruikt. Een iets strenger criterium is te vinden in *PG Inv. Boek 6*, pp. 1765-1766, waar wordt ingegaan op de toepasselijk-

heid van het belangvereiste van artikel 3:303 BW in de 6:240 BW-procedure. Aldaar wordt gesteld:

'Het ligt voor de hand dat de vordering alleen kan worden ingesteld ter zake van bedingen in algemene voorwaarden die recentelijk nog werden gebruikt en waarvan niet uitgesloten is dat dit gebruik wordt voortgezet, omdat anders voldoende belang ontbreekt.'

Ik meen echter dat het preventieve karakter van de actie ex artikel 6:240 e.v. BW rechtvaardigt dat ook een voldoende belang aanwezig is, indien aannemelijk is dat het betreffende beding zal worden gebruikt.

4 Veroordeling uitspraak openbaar te maken

Zoals hiervoor aangegeven, wees het Hof de ge vorderde veroordeling om de uitspraak, dat het exoneratiebeding onredelijk bezwarend was, openbaar te maken af, omdat de Consumentenbond niet had aangegeven waarin de uitspraak zou moeten worden gepubliceerd. Bovendien hield het Hof er rekening mee dat de Consumentenbond aan deze uitspraak aandacht zou besteden in haar eigen Consumentengids. Ook dit oordeel kan geen genade vinden in de ogen van de Hoge Raad. Aard en strekking van de onderhavige procedure verzetten zich volgens de Hoge Raad ertegen aan te nemen dat de bijzondere rechter die publicatie zinvol oordeelt, van zijn bevoegdheid haar te gelasten alleen gebruik zou kunnen maken, indien de eisende partij aan geeft op welke wijze die publicatie moet plaats vinden. Een consumentenorganisatie kan derhalve volstaan met het vorderen van publicatie, ter wijl het aan de bijzondere rechter is voorbehouden te bepalen of, en zo ja op welke wijze, publicatie dient te geschieden. De Hoge Raad laat zich niet uit over de vraag of de rechter in dit geval EnergieNed tot publicatie had moeten veroordelen. Of de publicatie van een uitspraak 'zinvol' is, hangt, aldus de Hoge Raad, af van de door de bijzondere rechter aan de hand van het processueel debat daaromtrent te waarderen bijzondere omstandigheden van het concrete geval.

5 Inhoud en grenzen van de leveringsplicht

In het begin van deze annotatie gaf ik aan dat de nutsbedrijven eraan hechtten onder meer duidelijkheid te verkrijgen omtrent de inhoud en de grenzen van hun leveringsplicht. Vaak wordt deze problematiek aldus geformuleerd dat het er om gaat of de nutsbedrijven een inspanningsverbintenis dan wel een resultaatsverbintenis ter zake van de levering hebben. Dit geschiedde ook in

deze procedure. De nutsbedrijven stelden zich op het standpunt dat er sprake was van een inspanningsverbintenis. De nutsbedrijven nemen kennelijk aan dat zij alleen aansprakelijk zijn voor schade tengevolge van onderbreking van de levering, als de wederpartij aantoonde dat het nutsbedrijf zich onvoldoende heeft ingespannen. Gaat men uit van een resultaatsverbintenis, dan is het nutsbedrijf in beginsel aansprakelijk voor de schade die ontstaat door het uitblijven van het resultaat (de levering), tenzij het nutsbedrijf met succes een beroep op overmacht kan doen. Ik acht het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen flinterdun. Het beeld dat door dit onderscheid wordt opgeroepen, kan misleidend zijn. In de literatuur wordt bijvoorbeeld algemeen aanvaard dat de vervoersovereenkomst een resultaatsverbintenis is. Geldt dit echter ook indien Jan en Piet overeenkomen dat Jan Piet zal vervoeren naar Groningen, maar dat het niet uitgesloten is dat Jan onderweg wordt gebeld dat hij terstond naar Amsterdam moet rijden? In zijn lezenswaardige conclusie schrijft A-G Hartkamp dat hij het aannemelijk acht dat er in casu sprake is van een resultaatsverbintenis. Naar zijn mening zal de wederpartij-consument in zijn contractuele verhouding met een nutsbedrijf in beginsel de levering van electriciteit (of gas, warmte of water) mogen verwachten en niet slechts de inspanning tot die levering. Dit volgt zijns inziens uit de aard van het leveringscontract. In dit verband wijst hij erop dat de omvang van de tegenprestatie van de consument wordt bepaald door de kwantiteit die het nutsbedrijf heeft geleverd en niet door de inspanning die het nutsbedrijf heeft verricht. Aan Hartkamp kan worden toegegeven dat de consument-wederpartij levering van electriciteit mag verwachten. Een andere vraag is echter of de consument een nimmer onderbroken levering mag verwachten. Ook speelt de vraag of de consument een levering met een steeds gelijke spanning mag verwachten. Wat de consument precies mag verwachten, hangt af van hetgeen partijen over en weer jegens elkaar hebben verklaard en uit elkanders gedragingen en verklaringen mochten afleiden. De ervaring leert dat het voor een energiebedrijf niet mogelijk is ononderbroken energie te leveren. Evenmin is het mogelijk electriciteit te leveren waarbij de netspanning steeds exact dezelfde is. Ik ben er niet zeker van dat de consument verwacht dat energie continu wordt geleverd of dat de netspanning continu dezelfde is. In het hiervoor aangehaalde artikel 7 lid 2 van de betreffende

MAV's, is bepaald dat het bedrijf niet instaat voor de continuïteit van de levering. De vraag is of deze bepaling moet worden gezien als een nadere invulling van de hoofdverbintenis dan wel als een bijkomend beding. In het eerste geval is er sprake van een kernbeding als bedoeld in artikel 6:231, aanhef en sub a, BW. In het tweede geval betreft het een algemene voorwaarde die kan worden getoetst op grond van afdeling 6.5.3 BW.

6 Wordt vervolgd

Na de uitspraak van het Hof hebben de in EnergieNed verenigde energiedistributiebedrijven artikel 20 lid 1 — tijdelijk, in afwachting van de beslissing van de Hoge Raad — als volgt gewijzigd:

'Het bedrijf is jegens de aanvrager of de verbruiker voor schade ten gevolge van onderbreking van de levering van elektrische energie niet aansprakelijk, tenzij het betreft schade aan zaken, voor zover deze het bedrag van f 300,= (driehonderd gulden) te boven gaat, en de onderbreking een gevolg is van schuld aan de zijde van het bedrijf zelf, zulks te bewijzen door de aanvrager/verbruiker, waarbij het bedrijf desgevraagd inlichtingen verstrekt over de toedracht van de onder-

breking, een en ander onverminderd de toepasselijkheid van het bepaalde in de leden 3 tot en met 6 van artikel 20.'

Onduidelijk is of de energiedistributiebedrijven deze interim-bepaling zullen handhaven. Uit de uitspraken van het Hof en de Hoge Raad in de onderhavige zaak kan niet worden afgeleid of deze interim-bepaling, die de aansprakelijkheid niet geheel uitsluit maar wel beperkt, voor de consument onredelijk bezwarend is. Een nieuwe procedure voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage is wellicht noodzakelijk. Daarin zullen de energiedistributiebedrijven de rechter ervan moeten overtuigen dat deze aansprakelijkheidsbeperking kennelijk gerechtvaardigd is. Het is voor alle betrokkenen te betreuren dat deze weg wellicht moet worden gevolgd. Het Hof had dit kunnen voorkomen door gebruik te maken van de bevoegdheid die artikel 6:241 lid 4 BW hem toekent. Volgens deze bepaling kan de rechter in zijn uitspraak aangeven welke aanpassingen nodig zijn om het onredelijk bezwarend karakter van bedingen waarop de uitspraak betrekking heeft, weg te nemen. Het is jammer dat het Hof dit heeft nagelaten.